IESUS, MARIA, IOSEPH.

ALLEGACION EN DERECHO, Y HECHO.

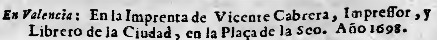
POR

EL ILLUSTRE D. EMMANUEL EXARCH MARTORELL BELVIS Melo de Ferreyra, Marquès de Benavites &c.

CON.

EL EGREGIO DON LUYS IUAN, CONDE DE PEñALVA; SOBRE la instancia de 8. de Iulio 1698. hecha en el pleyto de suplicacion, por parte del dicho Egregio Conde.





En Valencia: En la Imprenta de Vicente Cabrera, Impressor, y Librero de la Ciudad, en la Plaça de la Seo. Año 1698.

1 DEspues de haver entrado D. Vicente Exarch el Antiguo, en la possession de los Lugares de Rafelbuñol, el Puig, y demàs bienes de la herencia de Pedro Exarch su Padre, y haverse cõtinuado esta possession en sus descendientes, y succesores, por mas de cien años, moviò la instancia, y juyzio de propriedad, Don Miguel Exarch, contra Don Antonio Belvis, padre, y legitimo Administrador de Don Pedro Belvis, possehedor actual entonces de todos estos bienes, y se continuò este pleyto, hasta el año 1601. en que con Real Sentencia publicada en la Real Audiencia de Valencia, en 19. de Enero 1601. se declarò à favor de dicho Don Pedro Belvis, y haviendose suplicado de esta Sentencia, pende oy la causa de suplicacion en este Supremo Consejo; y siempre han continuado, y continuaron el dicho Don Pedro Belvis, y sus descendientes, hasta el dicho Illustre Marquès, en la possessiõ de estos bienes, que actualmente les possehe, y en esta linea, y descendencia del dicho Don Vicente el Antiguo, està, y ha estado de màs de 200. años à esta parte radicada la succession, y possession de estos bienes, y despues de movida esta demanda de propriedad, que ha mas de cien años, han continuado siempre en esta possession.

2 El Egregio Conde de Peñalva, casi despues de vna Centuria, en que sus antecessores no han hablado de este pleyto de suplicacion, ha emprendido el proseguirle, y con peticion de 8. de Iulio de este año, ha puesto instancia, para que se manden conceder Reales Letras, en que se les mandè, assi à los Vassallos de dichos Lugares, como al dicho Illustre Marquès, y à quien convenga, que con pena de 500. libras, y de nullidad, y attentado, no dèn, entreguen, ni tomen la possession de dichos Lugares, y

bienes, sin preceder provision de este Supremo Consejo, en el caso de morir el dicho Illustre Marquès, no obstante tenga vna hija, y descendiente varon, hijo de aquella.

3 Y para manifestar que esta instancia, y su cõtenido, no tiene justificacion, ni se deven en justicia dar las letras inhibitorias, q̃ insta, y procura la parte del dicho Egregio Conde, queriendo impedir, que continuen en esta possession los succesores, herederos, y descendientes del dicho Illustre Marquès, supongo por principio de derecho, que el possehedor, y Reo convenido, contra quien se mueve el juyzio, y pleyto ordinario, y pidiendole los bienes que possehe, deve continuar en su possession, mientras dure el pleyto, y no le se puede impedir, embaraçar, ni inhibir la continuacion de su possession, *§. Retinendæ, institut. de interdictis. cap.* 1. *vt lite pendente* vbi communiter DD. *Gloss. in cap. Non solum.* 7. *de appellationib. in* 6. Capitius *decis.* 72. Nata *consil.* 606. *num.* 16. *lib.* 3. Anton. Grabiel. *comun. opinion. lib.* 5. *tit. de adquirend. possess. conclus.* 6. *in principio.* Menoch. *de recuperand. possess. remed.* 17. *quæst.* 17. *num.* 49. Hondedeus *consil.* 100. *num.* 85. *lib.* 2. Mastrill. *tom.* 1. *decis.* 52. *num.* 5. Posthio *de manutenen. observat.* 1. *num.* 72. *&* 84. *& post tract. decis.* 104. *num.* 3. *& decis.* 106. *num.* 3. Thomat. *decis.* 16. *num.* 3. Pegas *resolut.* 5. *num.* 66. Rosa *consultat.* 66. *num.* 9.

4 Demanera, que este possehedor convenido, en aquel estado, que le coge el pleyto, deve continuar su possession, y no puede ser privado de aquella, ni se le puede inhibir la continuacion, con la percepcion de frutos, comodidades, y conveniencias que dà la possession, y todos los demàs derechos, que tenia al tiempo que se le moviò el pleyto, y esto deve durar hasta que haya Sentencia, y con ella, y su execucion sea expellido de la possession, y de su continuacion, *l. is qui destinavit.* 24. *ff. de rei vindicat. l.*

qui

qui petitorio. 36. *ff. eod. dict. cap.* 1. vbi comuniter DD. vt lite pendente, For. 11. *Rubric. de praescript.* For. 3. *Rubric. de rei vindicat.* Grabiel. *dict. conclus.* 6. *num* 17. Marchesano *de comissionib. part.* 2. *fol.* 60. Bichio *decis.* 381. *num.* 41. Posthio *dict. observat.* 1. *num.* 84. & 85. Cerro *decis.* 169. *num.* 8. & *decis.* 53. *num.* 8. & 9. El Señor Vicecanceller Crespi *part.* 2. *observat.* 93. *num.* 1. ibi: *Possessor, nec titulum suae possessionis exhibere cogitur, nec est possessione privandus ante sententiam.*

5 Todo lo qual procede aun en caso de que haya Sentencia contra el possehedor, si este appellò de aquella, pues como dura el pleyto, y ha de ser Reo durante aquel, y no lo puede ser sin ser possehedor, deve continuar en la possession, y en desfrutar las conveniencias de aquella, mientras durare el pleyto. Antonio Fabro *in rational. ad text. in l. sciendum.* 15. *§. Si fundum.* 6. *ff. qui satisdare cogantur.* ibi: *Porro pendente lite quamvis fiat ei controversia proprietatis, non ideo tamen possessionis suae commodo carere debet, quinimò tanto magis possessor constituendus est, & necessariò habendus pro possessore, quoniam alioqui res ab eo vindicari non posset.*

6 La razon es clara, pues es principio sabido, que durante el pleyto, no se puede innovar cosa alguna, y si el Reo no continuase en su possession, se innovaria, pues se le immutaria aquel estado de possehedor, que tempore motae litis tenia, y continuando en su possession, no innova cosa alguna, como vse de aquella misma possession, sin alteracion alguna, en que se hallava al tiempo que se le moviò el pleyto. Assi se prueba de la Rubrica, y todo el titulo, vt lite pendente, y lo enseñan Lanceloto *de attentat. part.* 2. *cap.* 4. *limitat.* 1. *num.* 92. Coccino *decis.* 253. *num.* 3. Menoch. *consil.* 35. *num.* 14. *lib.* 1. Posthio *dict. observat.* 1. *num.* 83. & *post tractat. decis.* 305. *num.* 1. Anton. Graña *ad tit. vt lite pendente, num.* 2. ibi: *Ratio deducitur ex rubro huius tituli, quo prohibetur lite pendente non innovare, nam cum innovatio, nihil aliud sit, quã*

prioris status mutatio, ideo lite pendente, possessor in possessione retenta defenditur, siquidem nihilnovi facit, nec mutat, qui tacitum continuat possessionem ante litem motam obtentam, merito iusta de causa, donec lis finiatur, omnia sunt in pristinum statum, reservanda.

7 El continuar esta possession el Reo convenido durante el pleyto, no solo lo deve hazer el Reo mientras viviere, sino es, que si este muere durante el pleyto, su heredero, ò successor deve continuar en la misma possession, mientras durare el pleyto, sin que en esta continuacion innove, ni atente, pues la continuacion de esta possession deve hazerse, aunque haya mutacion de persona, como esta represente al Reo, y possehedor convenido, que la tenia, *Authentic. de litigiosis, in princip. §. Et hoc autem, authentic. Nunc si haeres.* vbi Baldus *colum. 1. C. de litigiosis.* Iasson *in §. Praeiuditiales. num. 7. cum sequentib. institut. de actionib.* Quintilian. Mandotius. *de inhibitionib. quaest. 23. num. 10. 11. & 12* ibi: *Decimo amplio ad continuationem possessionis factam, non solum ab eadem persona, sed etiam si fiat cum mutatione personae, repraesentantis illam, de cuius possessionis continuatione tractatur. Vnde haeres vniversalis possessionem bonorum defuncti, lite pendente, absque attentatorum vitio apraehendit. & num. 12.* ibi: *Quod quis vti haeres in casu illo possessionem ceperat, diceretur possessionem defuncti continuare &c.*

8 Lo mismo enseña Lanceloto *de attentat. 2. cap. 4. limitat. 1. num. 15. cum sequentib.* ibi: *Quinto vt procedat, non solum quando talis continuatio fit ab eadem persona, verumetiam quando fit cum mutatione personae (quae tamen repraesentet illum, de cuius possessionis continuatione tractaret) hinc videmus, quod haeres vniversalis potest possessionem bonorum defuncti, absque vitio attentatorum apprahendere.* Et num 17. ibi: *Ob id, quod is qui (vti haeres) ceperat in casu illo possessionem, dicitur continuare possessionem defuncti, non autem atentare.*

9 Con igual razon figuiò lo mesmo el mismo Lanceloto *dict. 2. part. cap. 4. in praefat. num. 328.*

ibi:

ibi: *Quarto limita, vt non procedat in hærede vniversale capiente possessionem bonorum hæreditariorum, super quibus lis penderet inter defunctum, & alium, quia talis possessio (quãvis lite pendente capta) non dicitur attentata, sed potius continuativa.*

10 Esta misma dotrina sigue Farinacio *in fragment. part. 2. verb. Inhibitio. num. 330.* ibi: *Inhibitioni contravenire, non dicitur, nec attentare, qui suam possessionem continuat, non solum quando talis continuatio fit ab eadem persona, sed etiam quando fit ab alia persona, repræsentante illum, de cuius possessionis continuatione tractatur, prout est hæres vniversalis, qui absque attentatorum vitio possessionem bonorum defuncti appræhendere potest, etiam lite pendente.*

11 En esto mismo conviene la Rota apud Burat. *decis. 478. num. 6.* ibi: *Vltra quod ipsemet Antonius exercuit in spetie iurisdictionem per publicationes huiusmodi banimentorum, continuando dictam quasi possessionem suorum antecessorum, prout tamquam successor, potuit etiam lite pendente, absque vitio attentati.*

12 La misma Rota coram Merlino *decis. 331. num. 2.* ibi: *Quod rectè potest fieri, non refragante litis pendentia, etiam super ipsius hæreditatis petitione, & hæredi vniversali licitum est pendente lite, possessionem bonorum defuncti, absque vitio attentatorum apræhendere, & continuare ius quod transivit in se ipsam, prout erat penes defunctum.*

13 Tambien es muy del caso la dotrina de Posthio *de manutenend. observat. 48. num. 55.* ibi: *Vel quando possessio esset in continuationem possessionis anterioris, cum qui continuat non atentet. Quod procedit etiam in successore, nàm & ille potest lite pendente continuare, absque vitio attentatorum.*

14 Por esta mesma razon, quando pende pleyto beneficial, y muere el possehedor, y el Papa haze la subrrogacion graciosa en lugar del defuncto possehedor, haziendole como à successor de aquel, puede el subrrogado sin atentado, no obstante la litis pendencia entrar en la possesion, por ser esto conti-

nua-

nuacion de la possession que tenia el litigante muerto, Lancelot. *de attentat. part. 2. cap. 4. in præfat. num. 340.* Mandos. *decis. 11. num. 1. vt lite pendente.* Puteus *decis. 208. lib. 1.* Gonzal. *ad Regul. 8. Cancellar. §. 3. proemial. num. 90.* Rota coram Coccin. *decis. 72. num. 1. & decis. 57. part. 10. recentissimar. à num. 62.* & corã Bicchio *decis. 276. à num. 14.* ibi: *Cum enim possessio capta vigore subrogationis gratiosæ, non dicitur nova, sed potius continuatio antiquæ, quam prædecessor habebat, sicuti si prædecessor met viveret, continuando suam possessionem, lite pendente, non attentaret: ita nec attentat subrogatus, in quem ministerio Principis fuit eadem possessio transfusa, si lite pendente possessionem naturalem capit propria authoritate.*

15 Y en nuestro caso, en la contingencia de morir el Reo possehedor, no puede el actor por sus instancias, embaraçarle la continuacion de la possessiõ al heredero, ò successor del Reo, y possehedor, y en quanto se procura es atentar notoriamente; antes bien el heredero del Reo, y possehedor, sin aprehender la possession deve ser manutenido, y amparado, por la que el defuncto tenia, porque sus efetos inmixtos con la instancia passiva, se transmiten al heredero, ò successor, y estos le dàn derecho al heredero, ò successor, para q̃ aun sin aprehẽsion actual deva ser amparado, y mantenido en la possession, que el Reo defuncto tenia, y por lo consiguiente, nunca las instancias del actor se la podràn impedir, ni embraçar, Menoch. *de retinend. remed. 3. num. 62.* Ferrentil, ad Burat. *decis. 312. num. 16.* Marchesan. *de comissionib. tom. 2. num. 2. fol. 545.* Posthio *post tractat. de manutenend. decis. 644. num. 5.* Sperello *decis. 96. num. 16.* Rota post Statil. Pacific. de Salvian. *interdict. decis. 141. num. 3.* ibi: *Cum Valerius vivens fuerit in sua possessione turbatus à Collegio, & super hac turbatione litem introduxerit, & mandatum de manutenendo petierit, possunt hodie post eius obitum filij, & hæredes, cum quibus eadem lis, & instantia continuatur, & prosequi hoc iudicium, & obtinere ma-*

nuten-

manutentionem, quæ ratione suæ civilis possessionis debita fuisset Valerio si vixisset.

16 La misma Rota apud Censiũ *post tract. de censib. decis. 211. num. 1. & 2.* ibi: *Domini resolverunt, dandum esse mandatum de manutenendo filijs, & hæredibus. Q. dominæ Constantiæ de Comitibus; quia constat illam per multos annos ante, & de tempore motæ litis fuisse in possessione exigendi redditus census de quo agitur. & sicuti illi dandum esset, si viveret, ita filijs, & hæredibus.*

17 Con igual razon siguiò lo mismo la misma Rota coram Roxas *par. 9. recentissimar. decis. 65. num. 17. & 18.* ibi: *Et quamvis Ioseph, qui litem incohavit decesserit, & adhuc pendente; attamen instantia transivit in eius ex Honuphrio filio prædefuncto nepotes, ac hæredes, nempe Ioannem, Mariam, ac fatres de Thomasonis, qui sunt etiam substituti. Hinc si ceptum sit iudicium manutentionis, sive aliud cum defuncto, prosecutio eiusdem iudicij, & manutentio competit hæredi.*

18 Muy mas à nuestro intento lo dixo la misma Rota coram Peutinger. *decis. 3. num. 2. 3. & 4* ibi: *Quare cum ipsa dum viveret institisset pro manutẽtione in iudicio per Antonium moto, quandoquidem instantia continuatur in hæredes, ipsis etiam hæredibus debetur manutentio ex possessione defuncti.*

19 El Senado de Cataluña siguiò lo mesmo en la decision que refiere Tristany, que es *la 41. num. 18.* ibi: *Rursus in hac causa fuit declaratum (vt videbis infra) quod manutentio transit cum instantia. etiam si non sit apræhensa possessio ab hærede Rei, qui durante lite possidebat; adeo vt si actor qui petebat sequuta morte Rei præveniret accipiendo possessionem nihilominus hæres Rei possessionem obtinet ne mutetur iudicium.*

20 Luego parece materia incontrovertible, que si el pleyto, y la instancia se transmite en el heredero, y successor del Reo, y possehedor, a este no le puede embaraçar el auctor la cõtinuacion de la possession que tuvo su antecessor, ni alterarle, ni mandarle

darle

darle el estado del pleyto, ni se le puede impedir de justicia la continuacion de esta possessión, antes bien se le deve amparar, y manutener en aquella ex eo solum de que si el defuncto Reo viviesse, no se le podria impedir, ni embaraçar el que continuase en su possessión, como muy al intento en la decissión referida lo expressò el doctissimo Senado de Cataluña ibi: *Tum quia licet possessio defuncti non transeat, nec continuetur in hæredes, & successores in corporalibus sine nova apræhensione, & actu' facti; attamen cum post litem motam in vita difuncti continuetur in hæredem eadem lis, & instantia potest hæres prosequi idem iuditium, & obtinere manutentionem defuncto debitam si vixisset.*

21 Todo esto es mas indubitado para nuestro caso si se considera, q̃ haviendo llegado estos bienes al Illustre Don Pedro Belvis Marques de Benavites, Ahuelo del Illustre Marques actual con el estado de libertad, este se les vinculò al Illustre Don Emanuel Exarch de Belvis su hijo, y sus descendientes en contrato, y en los capitulos matrimoniales, que al tiempo del Matrimonio del dicho Illustre Don Emanuel con Doña Beatriz de Melo, y de Ferreyra, se hizieron en la Ciudad de Zaragoça ante Diego Fefet, y Miguel Iuan Montaner Notarios en 23. de Setiembre del año 1622. y desde este tiempo hasta aora se sucede, y se ha sucedido en estos bienes, en virtud de este contrato, y capitulos matrimoniales.

22 Y teniẽdo este estado la succession, no puede admitir duda, q̃ la possessión de estos bienes, muerto el vltimo possehedor, passa en nuestro Reyno ipso iure, y por ministerio de la ley, al successor, sin necessitarse de aprension actual; segun està dispuesto en el Fuero 6. *rubric. de donationib.* y lo enseñan Belluga *in specul. Princip. rubric. 13. §. Tractemus. nu. 45. & rubric. 14. § Nunc videamus. num. 9.* Leon *decis. 110. nu. 9.* Crespi, *observat. 15. num. 308.* el Señor Matheu

de

de regim. cap. 11. §. 5. *num.* 129. y lo dixè Yo *in Theat. Iurisprud. tom.* 2. *cap.* 51. *de iurisfirm. & contrafirm. num.* 52.

23 Y en terminos de semejantes estatutos translativos de possession, esta se continua, y passa de manera, que no se entiende, ni haver vacado, ni haverse interrumpido por vn momento, sino es que desde la muerte del vltimo posseehedor, sin algun intervalo se continuò en el successor. Molina *de hispanor. primogen. lib.* 3 *cap.* 12. *num.* 20. Amato, *resolut.* 39. *num.* 56. Fontanell. *de pact. nuptial. clausf.* 7. *glos.* 3. *par.* 3. *num.* 7. Giurb. *de feudis* §. 2. *glosa* 22. *num.* 55. Galeota, *respons. fiscal.* 12. *num.* 425. Censalio *decis. Lucens.* 5. *num.* 21. *cum sequentib.* D. Petrus Quesad. & Pil. *controvers. forens. cap.* 33. *num.* 14. Bodeni *collustat. legal. tom.* 1. *collustat.* 47. *num.* 35. & *tom.* 2. *collustat.* 1. *num.* 30.

24 Y aun es opinion corriente que se transmite aquella misma possession, no solo en la qualidad habitual, sino en la substancia, y actual efecto, como lo enseñan Baldo *in authentic. defuncto. num.* 6. *ad Tertullianum, & in rubric. de causa possess. num.* 11. & 13. Tiraquel. *de morte.* §. 5. *declarat.* 1. *num.* 7. & 2. *par. declarat.* 6. *num.* 10. y lo refieren Molina *de hispanor. primog. dict. lib.* 3. *cap.* 12. *num.* 22. Gracian. *discept. forens. cap.* 113. *num.* 19. Paz *de tenunt. cap.* 48. *num.* 20. Pater Molina *de iustit. & iur. disputat.* 636. *num.* 4. Farinacio *decis.* 291. *num.* 1. *par.* 2. *in novissimis.* Castill. *controversiar. tom.* 5. *cap.* 91. *num.* 10. & 5.

25 Esto lo declarò todo la Real Audiencia de Valencia, en el pleyto que siguiò dicho Illustre Marquès, contra la Illustre Ciudad de Valencia, sobre la succession de la dicha Villa del Puig, pues declarò, que en virtud de la dicha Capitulacion matrimonial, y por la disposicion del dicho Fuero 6. *rubric. de donationib.* Passò la possession ipso iure en el dicho Illustre Marques actual, à tempore obitus del

vltimo posseedor; segun se puede ver en la Real Sentencia publicada por Eusebio de Benavides, Escribano de Mandamiento, en 20. de Mayo del año 1665. y en esto no puede haver duda, pues esta possession passa, y se continua en nuestro Reyno, no solo en el primer donatario, y successor, sino es en todos los demas successores, que en fuerça del tal contrato suceden, segun con el Señor Regente Leon, en la dicha *decision num. 8. & 9.* lo dixe Yo *dict. cap. 51. num. 52.*

26 Luego si en el caso de la muerte del Illustre Marques, actual posseedor de estos bienes, segun el curso natural, y estado que oy tiene esta succession, la misma possession, que este tiene, aora sea en la substancia, y actual effecto, segun opinion corriente, aora sea quoad qualitatem habitualem, segun la opinion incontrovertible, sin interrumpcion, ni intervallo, ha de quedar en el successor de su linea, por el ministerio de la ley, y del fuero, como se le puede impermitir al successor, y descendiente del Illustre Marquès, el ingresso de esta possession, siendo cierto que ha de ser mas poderoso este hecho de la ley, q̃ se la transfiere, que el podersela impedir hominis facto, *l. Iulianus noster. de cōditionib. & demonstrat. cap. Praeterea.* vbi Innocentius *num. 3. de appellationib.* Monter. *decis. 2. num. 18.* Cesar de Afflictis *controversiar. cap. 9. num. 12.* Quesad. & Pil. *dict. cap. 33. num. 15.*

27 Puedese acreditar lo que tengo fundado, con diferentes razones juridicas. La primera es por que en los herederos, y successores, no solo se trāsmiten las acciones activas, sino es tambien las passivas *l. 1. & tot. tit. C. vt actiones ab haerede, & contra haeredes, &c. §. Si post mortem institut. de inutilib. stipulat.* Luego la accion passiva en que el Marquès se halla convenido, deve passar à su successor, ò heredero, y consistiendo esta en ser Reo en vna instancia ordina-

dinaria, que es la pendiente; ha de ser Reo tambien su successor, ò heredero, y por lo consiguiente possehedor, pues sin ser possehedor, ni fuera Reo, ni se le trãsmitiera la accion passiva *l. is qui destinavit 24. ff. de reivindicat. l. qui petitorio 36. ff. eod. l. ordinarij. C. eod. l. exitus. 35. ff. de adquirend. possess. l. final. C. quorum bonorũ.* Anton. Faber *in rational. ad text. in l. sciendum. 15. §. si fundum. 6. ff. qui satis dare cogatur.*

28 La segũda, porque el Illustre Marquès Reo, y possehedor tiene derecho adquerido para cõtinuar la possession de estos bienes durante el pleyto, y hasta la Sentencia, *d. ct. l. 24. ff. de reivindicat.* Crespi *dict. observat. 93. num. 1.* Luego su successor, y heredero deve tener el mesmo derecho; porque este afficitur, adstringitur, & iubatur, de los mesmos drechos, vinculos, y libertades que su autor, y antecessor tenia *l. hæredem 6. l. in omnib. officijs 135. §. non debet. ff. de regulis iuris.*

29 La tercera porque el successor, y heredero se entiende iuris censura la mesma persona que el defuncto, con la mesma representacion, y con los mismos derechos q̃ el defuncto tenia, *l. cum à matre. C. de reivindicat. authentic. de iure iurand. à moriente præstito. collat. 5.* Luego si el defuncto no podia ser apartado de la possession, durante el pleyto, este mismo derecho de no poder ser apartado, ha de tener de necessidad el successor, y heredero, suponiendo la duracion del pleyto.

30 La quarta, porque movido el pleyto, y contestada la lid, la instancia passa al heredero, y successor en el fideicõmisso, ò mayorazgo *l. si petitor. 31. ff. de iudicijs. l. cum hominem. ff. de fideiussorib. l. hæres absens. ff. de iudicijs.* Mandotius *de inhibitionib quæst. 23. num. 11. & 12.* Amato *variar. par. 2. resolut. 86. per tot.* Castill. *decis. 2.* Capicio Latr. *decis. 123.* Arias de Mesa *variar. lib. 2. cap. 38. num. 6.* Peutingerio *decis. 2. num. 3.* Castill. *controversiar. lib. 2. cap. 9. & lib. 3. cap.*

25. *num* 48. Carol. Anton. de Luca in animadverſ. ad Gratian. *cap.* 16. *num.* 1. & in meliorat. ad Marinis, *meliorat.* 185. *per tot.* Torre *de maioratib. pat.* 2. *cap.* 63. *num.* 3.

31 Y Paſſa la inſtancia, no ſolo activè, ſino es paſsivè, ſegun los textos literales de la *ley. ſi is qui Romæ.* 14. *de iudicijs l. ſi petitor.* vbi Barthol. *ff. eod.* Purpurat. *conſil.* 396. Barzius *deciſ.* 36. *num.* 8. Mantic. *deciſ.* 141. *num.* 3. Noalis *de tranſmiſsione. cap.* 57. *num.* 1. Gratian *diſceptat.* 32. & 38. Caſtill. *dict. lib.* 2. *cap.* 9. Carolus Anton. de Luca *vbi proximè.* Torre *de maioratib. dict. quæſt.* 63. *num.* 3.

32 Y no ſolamente paſſa activè, & paſsivè, ſino es el miſmo eſtado, y en los miſmos terminos derechos, y circunſtancias que eſtava penes defunctum paſſa al heredero, ò ſucceſſor, *l. hæres abſens. l. ſi prætor. ff. de iudicijs. cap. quia.* vbi Abbas Felinus, & communiter D.D. *de iudicijs.* Socinus Senior, *conſil.* 31. *num.* 8. *lib.* 1. Barzio *deciſ.* 36. *num.* 8. Mantic. *deciſ.* 141. *num.* 3. Caldas Pereyra, *in commentar. ad l. vnicam. C. ex delicto defuncti num.* 21. Gratian. *vbi proximè.* Caſtill. *dict. cap.* 9. *lib.* 2. Capicio Latr. *deciſ.* 123. Azin. *in prax.* §. 2. *cap.* 12. *num.* 4. Amato *reſolut. forenſ. reſolut.* 86. *num.* 5. ibi: *Preterea inſtantia iudicij cepta à defuncto in eodem ſtatu, & in eiſdem terminis, cum eodem iure tranſit in hæredem.*

33 Luego ſi la inſtancia paſsiva paſſa con los miſmos derechos en los miſmos terminos, y en el miſmo eſtado, que eſtava penes defunctum, à ſu ſucceſſor, y heredero, ſe ſigue, que ſi el defuncto fuè cōvenido como à poſſehedor en demanda ordinaria, y en eſtado de poſſehedor, y Reo ſeguia el pleyto, en eſte miſmo eſtado, terminos, y circunſtancias ha de quedar transferida la inſtancia paſsiva en ſu ſucceſſor, y por lo conſiguiente, ſi ſe le impermitieſſe el ingreſſo de la poſſeſsion, ſe le quitarian los derechos adqueridos, que por la inſtancia paſsiva ſe le tranſmi-

miten, que consisten en aquel estado de possehedor como à Reo.

34 La vltima es, porque moviendosele este pleyto de demanda ordinaria à Don Antonio Belvis Padre, y Legitimo Administrador de Don Pedro Belvis possehedor pacifico entonces por tan dilatado tiempo de estos Lugares, y bienes, y haviendose contestado la lid sobre esta demanda, por su contestacion se induxo vn quasi contrato, y vna quasi obligacion reciproca entre el Actor, y Reo, *l. 3. §. idem scribit. ff de peculio. l. omnem. ff. de iudicijs. l. 2. ff. de prætoris stipulationib.* Anton. Faber. *in rational ad text. in l. si possessor. 55. ff. de rei vindicat. colum. 2. in fine* Torre *de maioratib. dict. quæst. 63. num. 2.*

35 Esta obligaciõ que induxo la litis contestacion respeto del Reo, y possehedor, fuè quedar adstringido, y obligado à restituhir los bienes de la demanda en el caso de la Sentencia, y su execucion, pues esta es la que perficiona este quasi cõtrato, *dict. l. 3. §. idem scribit. ff. de peculio.* y esta obligacion passiva, passò, y se continuò, y deve passar, y se deve continuar en todos los successores del Reo convenido. Assi lo asienta Azin *in prax. dict. §. 2. cap. 12. nu. 12.* ibi: *Lite autem contestata, quod instantia in hæredem transeat, ratio est, quia defunctus ex quasi contractu, qui in ipsa contestatione initus est, ad possessionis, alterius de cuiusvis rei restitutionem obligatus intelligitur, qui quidem quasi contractus, Sententia deinde perficitur, & ideo mirum non est, si illius obligationis causa in contestatione ad restituendum contractæ potest instantia contra hæredem continuari.*

36 La razon es, porque esta contestacion es vna especie de novacion, y delegacion. *l. delegare 11. §. 1. l. aliam 29. in fine ff. de novationib. & delegationib.* Y quedando novada la accion primera, y obligacion, virtute cuius agitur, queda ya toda embevida, y incluhida en esta nueva obligacion, que induxò la litis contestacion, y siendo esta personal, se transmite, y

passa

passa al heredero, ò successor, como la agudeza de Antonio Fabro lo pondera *in dict. l. si possessor. 55. ff. de rei vindicat. colum. 2.* ibi: *In accipiendo iudicio, quod fit per litis contestationem aut saltem in ipso tempore litis contestationis, quasi contrahitur, & contestatio species quædam est novationis, & delegationis, & consequenter ex eo actu nacitur obligatio quædam personalis; vt ex alio quolibet quasi contractu, quæ proinde in ipsius hæredes transmittitur, &c.*

37 Luego si el Reo, y sus successores por la contestacion del pleyto, quedaron con esta obligacion, suponiendoles la possession hasta la Sentencia, y su execucion, pues de otra manera no podian quedar con la obligacion de restituir. Conque fundamento puede instar el actor se le impermita al successor del Reo el ingresso de esta possessiõ, pues esto es quererse apartar de la obligacion inducida por el quasi contrato, y no se puede apartar de ella, ni el actor, ni sus successores que contestaron, y quedaron con la obligacion inducida, y que naciò de este quasi contrato, segun lo enseña Salgado, y otros que sigo, y refiero Yo, *in Theatr. Iurisprud. cap. 55. num. 73.*

38 Confirmase lo discurrido con la consideracion de que qualquier obligacion, y su condicion, y naturaleza, no se puede inmutar ex persona hæredis, *l. 2. §. ex his. 1. de verbo Obligat.* Luego ni la cõdicion del juyzio, y obligacion novada que naciò por la litis contestacion, se puede immutar, ni se immuta ex persona hæredis, *l. si is qui Romæ. 34. ff. de iudicijs. l. si in rem. 51 ff. de rei vindicat.* vbi Anton. Faber, *in rational. colum. 1.* ibi: *Nam si ex persona hæredis cõditio obligationis immutari non potest; multo minus potest immutari conditio iudicij, quod ex causa hæreditaria exercetur.*

39 Y si la condicion del juyzio, no la puede immutar la persona del heredero, y successor, ni esta contingencia; se sigue, que por faltar el Reo possehedor, con quien se contestò la lid, su successor, y heredero que quedò subrrogado en su lugar, ha de

quedar

quedar possehedor, y no se le puede impedir el serlo, pues de otra manera, quedaria immutada la condicion del juyzio ex persona hæredis, aut successoris, y la persona del successor, ò heredero, por entrar en lugar del Reo, ha de quedar Reo, y possehedor, y seguir el juyzio por los mismos derechos, que el defuncto tenia, y no por los suyos, *dict. l. si is qui Romæ. 34. ff. de iudicijs.* ibi: *Si is qui Romæ iudicium acceperat, decesserit: hæres eius, quamvis domicilium transmare habet, Romæ tamen defendi debet, quia succedit in eius locum, à quo hæres relictus est.*

40 Esto era bastante para excluyr al Conde, en la pretension de la dicha instancia; pero quedarà cõ mayor exclusion, si se considera, que el successor del dicho Illustre Marquès; tiene à su favor todas las asistencias, y presumpciones de derecho, para que se deva continuar la succession, y possession de estos bienes en su persona, y que no se le passe à impermitir el continuar esta possession, y el dicho Conde las tiene contra si, porque estos bienes se presumen libres, y no vinculados, ni sugetos à restitucion, *l. altius. C. de serv. tutib. cap. 2.* vbi Bald, *si de feudo fuerit controversia.* Cancer. *variar. cap. 11. tom. 1. num. 31.* Valençuela, *tom. 2. consil. 135. num. 23. & consil. 178.* Molina *de hispan. primogen. lib. 1. cap. 11. & lib. 2. cap. 6. num. 8.* Mieres *de maioratib. 2. part. quæst. 3. num. 9.* Giurb. *observat. 62. num. 2.* Reynoso *observat. 68. num. 11.* Pegas *resolut. forens. tom. 1. cap. 4. num. 161. & 162.*

41 Y esta presumpcion de derecho està acreditada con la Real Sentencia que recayò en este pleyto, en 19. de Enero del año 1601. en que se declarò, que estos Lugares, y bienes quedaron libres, y sin Vinculo alguno, en poder de Don Miguel Exarch, de quien desciende el dicho Illustre Marquès, y aunque de esta Sentencia se suplicò, y està pendiente la causa de suplicacion, siempre de esta Sentencia na-

ce buen humo de justicia, y presumpcion de buen derecho, segun el texto en la *leg. si instituta.* §. *De in officioso. ff. de in officios. testamento. cap. in praesentia. de renuntiationib. cap. bonae. de electione.* Covarrubias *practicar. cap. 6. num. 5.* Barbosa *in l. 1. part. 1. num. 38. ff. solut. matrimon.* noster Leon *decis. 29. num. 14. & 15.* Castill. *controvers. tom. 3. cap. 27. num. 68.* Anton. Faber. *in rational. ad text. in dict. l. si instituta. ff. de in officios. testamento.* Menoch. *de praesumptionib. lib. 2. praesumpt. 67. à num. 38.* Ferrentil. ad Burat. *decis. 707. lit. D.* Bosio *tom. 2. de effectib. matrimon. cap. 17. num. 1029.* Sperel. *decis. 138. num. 66. & 67.* Ivañez de Faria, in additionib. ad Covarruvias, *in practicis. cap. 6. num. 33.*

42 No queda esta libertad en terminos solo de presumpcion, sino es en terminos de notoriedad de defecto de derecho en el dicho Conde; porque Pedro Exarch, en su vltima disposicion, quiso, que acabada la descendencia masculina de Iuan Luys Angel Exarch su hijo primogenito, perteneciessen la mitad de sus bienes à Vicente Exarch, su hijo secũdogenito, con los pautos, y vinculos, que le tenia impuestos en el legado de las 6000. libras de renta, que le havia hecho; y en este legado ordenò, que despues de la muerte del dicho Vicente, su hijo, sucediesse Pedro Exarch, su nieto, hijo de Don Vicente, y faltando este sin hijos, llamò al otro hijo de Don Vicente, y en falta de este sin hijos, al otro hijo, que se subsiguiesse, guardãdo orden de primo genitura, sin hazer mas vocaciones que estas en esta linea, segun se puede ver por la misma disposicion; pues en caso de morir el dicho Don Vicente sin hijos varones, le diò à este facultad para que dispusiesse de estos bienes en las hijas hembras.

43 Los hijos varones de Don Vicente, y nietos de Pedro Exarch, fueron tres; Don Pedro Exarch primer llamado, que muriò en infantil edad, Don Miguel Exarch ascendiente del dicho Illustre Mar-

ques

ques, en quien se continuò la succession, y Don Francisco Exarch ascendiente del dicho Egregio Conde. Conque segun la literal disposicion del dicho Pedro Exarch, el dicho Don Francisco Exarch ascendiente del dicho Egregio Conde, no fuè llamado, ni substituido para la succession de estos bienes, sino es en el caso de morir Don Miguel, sin hijos legitimos, y naturales, y haviendo faltado esta condicion, y haviendo muerto el dicho Don Miguel con hijos legitimos y naturales, expirò y faltò la substitucion de Don Francisco su hermano, y quedaron libres indubitadamente estos bienes en poder de Don Miguel, y sus successores *l. ex facto. §. si quis autem versic. vt* [illegible] *ff. ad Trebelian. l. filius familias §. cum quis rogatus. ff. de legatis. 1. l. pater Severinam. §. in fideicomissis. ff. de condit. onib. & demõstrat. l. hæredibus. in princip. ff. ad Trebelianum.* Burato *decis. 80. num. 1.* Oldrad. *consil. 21.* Ciroch. *disceptat. 4. num. 6.* Casanate *consil. 4. num. 123.* Altograd. *consil. 60. num. 1. lib. 1.* Ramon *consil. 10. num. 42.* Carol. Maranta *respons. 22. num. 20. cum sequentib.* Pegas *resolut. forens. cap. 4. num. 35.* Celso *decis. 249. num. 5.* Saminiati *consil. 8. num. 10.* Torre *de mayoratib. tom. 2. quæst. 17. à num. 1. & par. 3. decis. 6.* Angel. Ridolphin. *allegat. 4. num. 4. & allegat. 9. num. 8.*

44 Y aunque este consejo de Oldrado, y su doctrina communmente admitida, no se sigue quando hay congeturas que persuaden lo contrario, pero estas congeturas no han de ser leves, sino efficazes, concluyentes, y necessarias, y que se deduzgan de las mismas palabras del testamento, segun enseñan Casanate *dict. consil. 4. num. 214. & 293.* Surd. *consil. 448. num. 13.* Guiovagnono *consil. 97. num. 13.* Castill. *controversiar. lib. 5. cap. 89. num. 29.* Altograd. *dict. consil. 60. num. 218.* cum alijs adductis à Torre *dict. quæst. 17. num. 22.*

45 Y en nuestro caso, vltra que no las hay, devian ser indubitadas, y que convēciessen, pues no nos

halla-

hallamos en terminos de disputarse, si este fideycōmisso se dirá repetido à favor de los hijos puestos en condicion, pues en este caso bastan las congeturas, aunque sean mas leves, y de este hablan Fontanella *decis. 51. num. 8.* y la Rota *decis. 85. par. 3.* con otros que cita Torre *vbi proximè num. 23.*

46 Porque en nuestro caso se quiere inducir fideicōmisso de vn genero de personas, á otro diferente genero de personas, las vnas maspredilectas, que las otras, pues se quiere inducir de los hijos, y descendientes de Miguel Exarch à los descendientes de Francisco Exarch, que son transversales, y de diferente linea de los hijos de Miguel puestos en condicion, y en este caso tiene su lugar proprio el consejo de Oldrado, y no se puede apartar de aquel, menos que con congeturas evidentes, pues resisten mas las reglas, segun lo dixo la Rota *decis. 632. par. 4. tom. 3. recentissimar.* el Cardenal de Luca *de fideicōmiss. discurs. 84. num. 3. versic. in praesenti.* Torre *de mayoratib. dict. quaest. 17. num. 23. & 24.* ibi: *Et praecipuè quod conjecturae in casu nostro debent esse indubitatae, & convincentes, quia non sumus in terminis, in quibus sit quaestio, an fideicommissum dicatur repetitum favore filiorum in conditione positorum, quo casu leviores sufficiunt. Sed in ea facti specie casus noster verificatur, in qua non agitur de fideicommisso activo inducendo, vel passivo favore descendentium filiorum in conditione positorum, sed in ea, in qua loquitur idem Oldradus. Nempe vbi agitur de faciendo transitum ab vno genere personarum praedilecto, in alterum minus dilectum; & ita inducendo novum substitutionis gradum, seu ordinem; tunc enim magis resistunt regulae, ideoque longe maiores debent esse conjecturae.*

47 Y se hallará menos duda en esto si se considera, que nuestro testador hizo la substitucion nominatim à Pedro Exarch su nieto en el caso de morir sin hijos, y à Miguel Exarch, su segundo nieto en caso tambien de morir sin hijos, y quando se haze en el caso de la muerte à persona cierta, nunca por congeturas

geturas se puede extender al tiempo de la muerte de los hijos, ò sus descendientes, ni puede dexar de tener lugar el consejo de Oldrado, segun lo enseñan Belono *consil.* 35. *num.* 23. Casanate *dict. consil* 4. *num.* 82. 105 *&* 107. Cravet. *consil.* 98. *num.* 8. Altograd. *dict. consil.* 60. *num.* 117. Buccafer *respons.* 37. *num.* 41. el Cardenal de Luca *de fideicomis. discurs.* 84. *num.* 3. *&* 4. Torre *de mayoratib. dict. quaest.* 17. *num.* 25. ibi: *Immo nulla potest in casu nostro excogitari coniectura, quae sit apta ad extendendum fideicomissum favore omnium, & quorumcumque descendentium dicti testatoris in infinitum, quia ut vidimus, dum substitutio in casu nostro sine filijs fuit facta nominatim ipsi Pasquali, non valet extendi, etiam stantibus coniecturis ad casum mortis filiorum; vel descendentium ipsius gravati. Et tanto magis, quia substitutio est expresse restricta ad tempus mortis Pasqualis: Vnde non potest trahi ad tempus mortis filiorum vel descentium eiusdem.*

48 Las congeturas que en nuestro caso se pueden inducir son bien leves, pues la qualidad de estos bienes, ò no es congetura, ò lo es tan leve, que no es bastante para juzgar contra el dicho consejo de Oldrado, como lo enseña Torre *de maioratib. tom.* 3. *decis.* 18. *num.* 61. *&* 62.

49 El digreso ad plures gradus substitutionum, tambien se considera leve congetura, y de ningun effeto, como lo enseñan Oddo *consil.* 65. *num.* 106. Peregrino *de fideicomis. artic.* 29. *num.* 27. Cancer, *variar. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 91. Sesse *decis.* 65. Fussario *de substitutionib. quaest.* 480. *num.* 56. Castill. *controversiar. lib.* 5. *cap.* 89. *num.* 74 Casanate *consil.* 4. *num.* 236. *& consil.* 2. *num.* 40. Galeota *lib.* 2. *controvers.* 25. *num.* 45. Altograd. *consil.* 60. *num.* 120. Torre *de mayoratib. dict. part.* 2. *quaest.* 17. *num.* 35. *& dict. decis.* 18. *num.* 43. *cum sequentibus.*

50 La otra congetura, que puede consistir en haver contemplado la agnacion este testador, vltra ser leve, y desestimarse por muchos para la sugeta ma-

teria, aunque sea expresa la contemplacion de la agnacion, segun lo enseña Casanate *vbi proximè, nu. 227.* Rovit. *consil. 34. num. 3.* Saminiati *dict. consil. 8. num. 23.* y otros que sita Torre *dict. quæst. 17. num. 34.*

51 En nuestro caso nunca puede caber pues esta contemplacion de agnacion no fuè expresa sino es que se puede congeturar en las otras lineas por la repetida vocacion de varones, y quando esta contemplacion de agnacion es congetural, y no expressa, nunca nace de aquella, congetura bastante para apartarse del dicho consejo de Oldrado, segun lo enseña Pedroch. *consil. 5. num. 174.* Casanate *dict. consil. 4. num. 223. & 227.* Castill. *dict. lib. 1. cap. 89. nu. 50.* Rota *decis. 632. num. 81. part. 4. tom. 3.* vbi Addent. Torre *dict. quæst. 17. num. 32. & 33.*

52 Bastante demostracion es esta para poder dezir con fundamento que el dicho Illustre Marques tiene à su favor las assistencias de derecho, y que las tiene contra si el dicho Egregio Conde; pero yo quiero considerar que huviese extencion de este vinculo, y que los bienes no huviessen quedado libres en poder de Dō Miguel Exarch nieto del testador, sino es que se extendiese este vinculo; y aun suponiendo esto; porque parte, ni con que fundamento puede entrar el Conde, por descendiente de Don Francisco Exarch, ni à estorbar la continuacion de esta succesion en la linea effectiva de Don Miguel en que se halla el dicho Illustre Marques, y sus descendientes, ni à impedirles la continuacion de la possession de estos bienes.

53 Porque si el vinculo se extendiera, no haviendo ninguna prevension por el testador, havia de ser en los hijos puestos en condicion, y en sus descendientes, y sin especifica disposicion del vinculador, havia de ser el vinculo, si durase, regular, pues qualquier mayorazgo, ò fideicomisso se presume regular, y no agnaticio, ni de qualidad Larrea, *tom. 2. decis.*

56.*num*.9. Vela *differtat*.49. *à num* 51. Caſtill. *contro-verſiar*. *lib*. 5.*cap*. 91. *num*. 84. Roxas *de incompatibilit*. *par*. 1.*cap*. 6 *num*. 341. vbi Ferdinand. Alfonſ. del Aquil. *in additionib*. Carol. Anton. de Luca de linea Legal. *artic*. 12. *num*. 56. Torre *de mayoratib*. *tom*. 1. *cap*. 39. §. 13. *num*. 17. Manſio *conſultat*. 97. *num*. 15. *cum ſequentib*.

54 Y eſtando en la linea de los hijos pueſtos en condicion el dicho Illuſtre Marques, y ſus deſcendientes, y no eſtando en eſta linea, ſino es en diferente linea el dicho Egregio Conde de Peñalva, nunca puede tener derecho para pretender que haga tranſito eſta ſuccesſion de eſta linea à la linea de Don Franciſco Exarch, en que pretende eſtar, pues ſegun las reglas no eſtando evacuada eſta linea, aunque duraſe el mayorazgo, no puede tranſitar la ſuccesſion a otra linea *cap*. 1. *de natura ſucceſsionis feudi* Molin. *de hiſpanor*. *primogen lib*. 3. *cap*. 6. *num*. 32. vbi Addentes, Ramon. *conſil*. 100. *num*. 483. Larrea *deciſ*. 54 *num*. 1. Caſtill. *controverſiar tom*. 5.*cap*. 99.*num*. 55. Giurb. *de ſucceſsion*. *feudor*. §.2.*gloſ*. 5. *&* *gloſ*.7. *num*. 21. cum aliјs adductis a Pegas, *reſolut forenſ*. *cap*. 4 *nu*. 29.

55 Y quererſe esforçar por parte de dicho Conde que en la deſcendencia de Don Miguel Exarch, y ſus hijos ſeria eſte mayorazgo de agnacion rigurosa no puede tener ningun fundamento, ni preſumpcion aun la mas leve, porque en eſta deſcendencia, y hijos, y deſcedientes de Don Miguel, no previno el teſtador ſucedieſen los agnados de varon en varon por orden de primogenitura, y devia haverlo diſpueſto con expreſion para que ſe pudieſe conſiderar el vinculo, y mayorazgo de rigurosa agnacion Molina *de hiſpanor*. *primogen*. *lib*. 3. *cap*. 5. *per tot*. Caſanate, *conſil*. 4. *n*. 274 Roxas *de incompatibilit*. *par*. 1. *cap*. 6. *n*. 306. Altograd. *conſil*. 60. *n*. 60. *lib*. 1. Redeſnach, *conſil*. 10. *num*. 92. Rota, *deciſ*. 267.*recentiſsimar*.*num*.14 *par*. 11. Torre *de mayoratib*. *tom*. 1. *cap*.37.§. 12. *num*. 148.

56 Mucho mas se convence esto, mirando la disposicion del dicho vinculador, pues este en falta de los varones de Iuan Luys Angel Exarch su hijo primogenito, llamò à las hembras, y en falta de hijos de Don Vicente su hijo secundogenito, llamò tambien las hembras, y en otras partes de su disposicion las llamò tambien, y paraque fuera el mayorazgo de rigurosa agnacion en todos los descendientes, era menester que solo los varones, descendientes de varon en varon estuviessen llamados, y no las hembras, pues quando despues de los varones se llaman las hembras, por la vocacion de estas, se entiende no haverse instituido mayorazgo de rigurosa agnacion, segun lo enseñan Molina *de hispanor. primogen. lib. 3. cap. 5. num. 50. versic. Ex quibus.* Hodiern. *controversiar. lib. 1. cap. 11. num. 36. & 37.* Castillo *controversiar. lib. 2. cap. 4. num. 159. & 178. & lib. 3. cap. 19. num. 57.* Fussar. *de substitut. quæst. 499. num. 15. & 17.* Sesse *decis. 374. num. 23.* Mierres *de mayoratib. par. 2. quæst. 6. num. 65.* Capicio Latr. *decis. 128. num. 19.* Giurb. *decis. 32. num. 15.* Vela *dissertat. 49. num. 87.* Hieronim. Rocca *selectar. disputat tom. 1. cap. 3. num. 33.*

57 Y aunque no tiene poca duda, como en su caso se manifestara, si en la linea de Iuan Luys Angel Exarch primogenito, quiso el vinculador fundar mayorazgo de rigurosa agnacion, quando esto se pudiese considerar assi, fuè y no pudo ser de otra manera, que en los descendientes varones limitadamente de su linea, pues no teniendoles estuvieron llamadas las hijas, y por lo consiguiente la agnacion fuè limitada, hasta que entrasen en la succession estas hijas, pues no hay inconveniente, para que en esta linea, y mientras durasen los varones, fuesse el mayorazgo de rigurosa agnacion limitada à estas personas, y quando despues durase, fuera regular segun lo enseñà Molina vbi proxime, Vela *dissertat. 49. nu. 38.* Alvarad. *de coniectural. ment. defunct. lib. 2. cap. 3.*

num.

num. 28. noster Leon *In iuris respons. post decis.* 173. *num.* 56. Castill. *controversiar. lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 6. Roxas *de incompatibilit. par.* 3. *cap.* 4. *num.* 7. Hieronym. Rocc. *dict. cap.* 3. *num.* 34.

58 Luego acabada la linea de los varones de Iuan Luys Angel Exarch primogenito, y transitando la succesision à la linea de Vicente Exarch segundogenito, aunque en los descendientes varones del primogenito fuesse de rigurosa agnacion, faltando estos, y pasando la succesision à la linea del segundo genito, el mayorazgo, quando durase, fuè regular en los hijos, y decendientes del segundogenito, por haverse limitado la agnacion à los decendientes varones del primogenito, Molina *de hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. Surd. *consil.* 326. *num.* 13. *&* *cōsil.* 475. Peregrin. *de fideicomis. artic.* 25. *num.* 26. Molino *de ritu nuptiar. lib* 3. *quæst.* 24. *num.* 233. Lara *in compend. vitæ hominis. cap.* 30. *num.* 114. Castillo *controversiar. lib.* 5. *cap.* 92. *num.* 6. Rosa *consultat.* 69. *num.* 24. ibi: *Nec est novum quod mayoratus vsque ad certas personas sint agnatitij, ex inde vero fiant regulares.*

59 Lo mismo enseña Geronimo Rocca *dict. cap.* 3. *num.* 36 ibi: *Non enim in iure novum est, vt mayoratus, vsque ad certas personas sint agnatitij, ex inde vero fiant regulares.*

60 Ni se puede dezir que la qualidad de agnacion, que se pidiò en los descendientes del primogenito, se ha de entender repetida en los del secundo genito, aunque no lo expressasse el vinculador, porque es Sentencia admitida de todos, que quando en la disposissiõn no se tuvo consideracion de la agnacion en todos los descendientes, sino es en alguno de aquellos, y en su linea, no se extiende, ni se entiende repetida la qualidad en las demàs lineas, y substituciones *L. quæ conditio.* 39. *in principio. ff. de conditionib. & demostrationib.* Molina *de hispanor. primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 37. *& lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 1. Frãcisco de Ponte, *consil.*

consil. 154. *num.* 54. *volum.* 2. Valençuela *consil.* 97. *num.* 25. *&* 57. Casanate *consil.* 4. *à num.* 217. *& consil.* 38. *à num.* 82. Molino *vbi proximè.* Ramon *consil.* 100. *num.* 147. Larrea *decis.* 53. *num.* 26. noster Leon *decis.* 93. *tom.* 1. *num.* 26. *cum sequentib.* Addent. ad Molinam. *dict. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 18. 19. *&* 20. Carrillo *decis.* 47. *num.* 12. *cum sequentib.* Castillo, *controversiar. tom.* 2. *cap.* 4. *num.* 128. *& tom.* 5. *cap.* 92. *à num.* 4. Rota post Censalium ad Peregrin. *decis.* 34. Vela *dissertat.* 49. *num.* 69. ibi: *Nam licet simpliciter ita disponat, nec taxativa aliqua dixione vtatur; talis quidem agnatio, vtpote ex accidenti, ac præter naturam eveniens, ad alios gradus vel lineas extendi non debet.*

61 Lo mismo enseña Carolo Antonio de Luca in meliorat. ad Marinis, *meliorat.* 126. *tom.* 2. *num.* 5. ibi: *Masculinitatis qualitas, an censeatur repetita in altero gradu substitutionum si fuerit adiecta prius in vno casu vel substitutionum gradu? Communiter scribens negant, &c.*

62 Luego infiero bien, que no haviendo mas que vna vocacion en la linea de Vicente, que fuè la de su hijo mayor, y primogenito, aunque se extendiera el fideicomisso, y mayorazgo vltra estas vocaciones, y se huviere contemplado la agnacion limitadamente en los de otra linea, este mayorazgo tacitamente inducido, y extendido, por qualesquiera causas, habria de ser regular, y no irregular, ni de qualidad, segun lo disputa, enseña, y funda Torre *de mayoratib. tom.* 1. *cap.* 15. *per tot.* empeçando desde el numero 1. ibi: *Nunc autem, si quis quærat à me, quomodo tacite dicatur institutus mayoratus regularis; Respondeo, quod tunc dicitur ordinatus, quando successiva vocatio de Patre in filium non est expræssa, sed tacita, vt contingit, quando fideicomissum vnicam tantum vocationem continet, expræsam in primo ingressu, ad formam vulgaris, extenditur tamen dispositio, vel ex ratione agnationis, vel ex clausulis denotantibus perpetuitatem, vel ex vocatione plurium nomine colectivo.*

63 Ni tampoco puede recurrir el dicho Egregio

Can-

Conde, à que haviendose inducido mayorazgo de rigurosa agnacion, acabada la agnacion rigurosa, se devia continuar la succesion en la agnacion artificial, porque esto solo podia disputarse en caso de haverse instituido mayorazgo de rigurosa agnacion en todos los descendientes y sus lineas, y no nos hallamos en este caso; y aun en este caso era menester que el vinculador lo huviera dispuesto assi, pero sin disposicion especial, y especifica, no pudo el mayorazgo, aunque fuera de rigurosa agnacion, entrar à ser de agnacion artificial, acabada la verdadera, sino es que quedò regular, segun lo enseñan Marta *de succes. legal. par.* 1. *quæst.* 1. *artic.* 5. *num.* 11. Sesse *decis.* 254. *num.* 255. Mantic. *de coniectur. vltimar. voluntat. lib.* 8. *tit.* 18. *à num.* 11. Petr. de la Rat. *consil.* 118. Ramon *consil.* 100. *num.* 407. Roxas *de incompatibilit. par.* 1. *cap.* 6. *num.* 314. & 315. Carol. Anton. de Luca, in meliorat. ad Marinis, *meliorat.* 126. *num.* 7.

64 Y si se recurriese à dezir quel mayorazgo era de masculinidad, menos derecho podia tener, pues confesando que en la linea del Illustre Marques hay descendiente varon, que es su nieto, no falta la qualidad en la linea, y por lo consiguiente tampoco podria transitar la succesion à otra linea, menos que evacuandose los varones de esta, aunque fuessen hijos de hembra, Molina *de hispan. primogen. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 48. & 49. Casanate *cons.* 8. *ex num.* 77. Castill. *controversiar. lib.* 2. *cap.* 4. & *lib.* 3. *cap.* 29. Gratian *disceptat.* 999. *à num.* 4. Grabiel Pereyra *decis.* 39. *num.* 2. Larrea *decis.* 34. Roxas *de incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. *num.* 318. Tondut. *resolut. civil. lib.* 2. *quæst.* 47. Vela *dissertat.* 49. *num.* 5. & 56. Caponi, *tom.* 1. *discept.* 57. Carol. Anton. de Luca in meliorat. ad Marinis, *meliorat.* 126 *num.* 9.

65 Sobre esta consideracion del notorio defeto de derecho, en que se halla el dicho Egregio Conde,

pre-

pretende este descender de Doña Pabla Exarch, que se supone ser hija legitima, y natural de Don Francisco Exarch, y de Doña Sebastiana Exarch, y en el pleyto se ha hecho demostracion, q̃ se hizo rapto de Doña Sebastiana, para efeto de que se casasse con el dicho Don Francisco su primo hermano, y siendo assi que para contratarse esse matrimonio eran menester dos dispensas, vna para la consanguinidad, y otra para el rapto, y que sin estas dos dispensas no se podia contratar este matrimonio, segun lo enseñan Pirro Corrado *in prax. dispensat. lib. 7. cap. 6. num. 50. & 57. cum sequentib.* Rosa *de executorib. cap. 12. num. 9. & 10.* Cardenal de Luca, *de matrimon. discurs. 5. & ad Consil. Tridentin. discurs. 28.* se passò a contratar este matrimonio sin dispensar el rapto.

66 Y es materia assentada, que no haviendose dispensado el rapto, fuè nullo el matrimonio inter raptorem, & raptam, y que los hijos no fueron legitimos, sino es illegitimos, segun està dispuesto en el Sagrado Consilio de Trento *secc. 24. de reformat. matrim. cap. 6.* y lo enseña Zerola *in prax. Episcopal. par. 2. verb. Raptus.* Sanchez *de matrimon. lib. 7. disputat. 13.* Molino *de ritu nuptiar. lib. 1. comparat. 10. nu. 31.* Gutierr. *de matrimon. cap. 86.* Basilius Ponze *de impediment. matrimon. cap. 39.* Bonacina *in tractat de matrim. quæst. 4. punct. 18.* Hurtado *de matrimon. disput. 23. dificulad. 3.* Pirro Corrado, *dict. lib. 7. cap. 6. num. 50.* Barbos. *in collect. ad text. in cap. vltim. de raptorib.* Cardenal. de Luca *de matrim. discurs. 5.*

67 Ni aun la dispensacion que se obtuvo sobre la consanguinidad, pudo obrar cosa alguna, ni menos por aquella quedò dispensado el impedimento de la consanguinidad, porque esta dispensa vino con la clausula *dummodo repta nõ fuerit.* que es clausula, y condicion que se deve poner en todas las dispensas de consanguinidad segun la regla 49. *de Cancelleria* como lo enseña Corrado, y la trae por clausula ordinaria

ria *dict. cap. 6. num. 53.*

68 Con que aviendo rapto, no quedò dispẽsado el impedimento, y mas quando al executor de esta dispensa; no se le manifestò el rapto, ni mandò passar à dotarla a Doña Sebastiana, sin lo qual, ni aun dispensandose el rapto, podia passar à contratarse el matrimonio, segun el dicho Corrado lo enseña *dict. cap. 6. à num.* 70. y lo enseña tambien Rosa *dict. cap. 12. num. 9.*

69 Luego haviendo dos impedimentos dirimẽtes, que ni el vno, ni el otro se dispensaron, no huvo matrimonio legitimo entre Dõ Francisco, y Doña Sebastiana, y no haviendole, Doña Pabla fuè illegitima, y no fuè capaz de suceder en este vinculo, y mayorazgo, y por lo consiguiente, ni el dicho Conde, vti procedens à radice infecta, puede tener derecho para pretender esta succesion, segun lo enseñan Molina *de hispanor. primog. lib. 3. cap. 3. num. 41.* Fussar. *de substitut. quæst. 3 14. num. 4.* Mierres *de maioratib. part. 2. quæst. 2. num. 31.* Barri *de succesionib. lib. 17. tit. 12. num. 4.* Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. num. 110* Ciriac. *controvers. 206. num. 78.* Mãsio *consultat. 297. per tot.* Knipschiltd. *de fideicomis. cap. 8. num. 326.* Vrseolo *consult. forens. 57. num. 23.* Cardinal. de Luca, *de testament. discurs. 52. num. 4.* Torre *de maioratib. part. 1. cap. 28. §. 6. num. 109. cum sequentib.*

70 Si el dicho Illustre Marquès se halla con todas las assistencias de derecho, y el dicho Egregio Conde las tiene contra si, con que fundamento juridico puede entrar à esforçar, que se les impermita à los descendientes, y successores del dicho Marquès, el que continuen la possession, quando por successores, no solo, no se les puede denegar la possession de los bienes, que su antecessor, y antecessores han tenido, sino es, que se les deviera dar, aun quando se hallasse ocupada por algun tercero. *l. final. C. de edict.*

Divi Adrian. tolen. for. 41. rubr. de testament. Anton. Gomez *in l. 45. Thaurt. ex num. 134.* Leon *tom. 1. decis. 24. & tom. 2. decis. 209.* Olea *de cession. iur. tit. 6. quæst. 5. num. 17.* Knipschiltd. *de fideicomis. cap. 13. num. 87.* El Regente Matheu *de regim. Regn. cap. 12. §. 2. num. 131.* Manfrell. ad Capic. Latr. *observat. 14.* Carol. Anton. de Luca in animadvers. ad Gratian. *cap. 47. per tot. & in prax. cap. 12.*

71 Y mas, quando solamente por hijos del vltimo possehedor, no podian tampoco dexar de ser puestos en esta possesion, mientras qualquiera otro pretendiente, litiga en el juyzio de propriedad, pretendiendo ser el mayorazgo irregular, *§. Inter filiam. si de feudo fuerit controversia.* Molina *de hispanor. primogen. lib. 3. cap. 4. num. 41.* Peregrin. *de fideicom. artic. 48. n. 47.* noster Leon *decis. 209. num. 112.* Vela *dissert. 49. num. 73. & 74.* Castill. *controversiar. lib. 5. cap. 91. num. 52.* Marinis *resolut. lib. 2. cap. 101. num. 5. & 6.* Noguerol. *allegat. 25. num. 94.* Roxas *de incompatibilit. part. 1. cap. 6. num. 150.* Rovir. *consil. 6. lib. 1.* vbi Altimarus, in Additionib. Hodiern. ad Surd. *decis. 399. à num. 7.*

72 Tampoco se puede hazer concepto de lo que el Conde pondera en esta instancia, que no se habria dado caussion, suponiendo, ò que se devia haver dado, ò q̃ por no haverse dado, se le deveria impermitir al successor de su linea, el ingresso de esta possession, porque esto, ni tiene ningun fundamento, ni le puede tener para la sugeta materia; porque aunque de derecho antiguo, el actor devia dar caussion, y el Reo la devia dar de iudicato solvendo, aunque fuesse cõvenido por accion Real, *princip. tit. instituit. de satisdationib. l. Iulianus. l. sciendum. vbi gloss. ff. qui satisdare cogantur.* Muscatel. *in prax. Gloss. expensis. §. 3. num. 3.* Carpzovius *in Iurisprud. forens. constit. 5. deffinit. 1. num. 4.*

73 Pero hoy por derecho nuevo, y segun la costumbre vniversal de todas las Provincias, el Reo

con-

convenido en el juyzio ordinario, ò por accion real, ò por perſonal, no tiene obligacion de dar cauſion, de iudicato ſolvendo, quidquid ſit de la cauſion de iudicio Siſti, *§ Sed hodie. 2. inſtitut. de ſatiſdationib. ubi gloſ. & communiter DD. authentic, offeratur. C. de litis conteſtat gloſ. in l. ſecundum. ff. qui ſatiſdare cogantur.* Ramon *conſil. 6. ſub num. 4.* Anguizola *conſil. 40. num. 11.* Marta *de iuriſdict. part. 4. caſu 160. num. 1.* Poſthius *de manutenen. obſervat. 87.* Anton. ab Eccleſ. *obſerv. 42. num. 16.* Romaguera, in additionib. ad Conſiolum, *ad Stat. Eug. lib. 2. rubr. 14. num. 16.* Cardinal. de Luca, *de iudicijs. diſcurſ. 13. num. 1.* Anton. Gob. *conſult. 133. num. 34*

74 Y eſto procede de juſticia, no ſolo durante el pleyto en la primera inſtancia, ſino es, aun en el caſo, que ſe huvieſſe declarado contra el Reo, y à favor del actòr, pues ſi ſe huviere appellado, en eſte ſegundo juyzio de appellacion, tampoco deve dar cauſion alguna de iudicato ſolvendo, *dict. l. ſecundum 15. § Secundum. 6. ff. qui ſatiſdare cogant.* Anton. Pichard. *in §. Sed hodie, inſtitut. de ſatiſdationib. num. 27.* Anton. Faber. *in rational. ad text. in dict. l. 15. §. 6.*

75 Y aun preſindiendo lo que và dicho, el nò haverla dado, nunca puede ſer medio para juſtificar lo que ſe pretende. Lo primero, porque no ſe pidiò, y es regla bien ſabida, que aun en caſo de haverſe de dar la cauſion, ſe deve pedir en el ingreſſo del pleyto, y no pidiendoſe, ni hay obligacion de darla, ni nunca ſe falta en no darla, Giurb. *deciſ. 13. num. 8.* Ciriac. *controverſ. 464. num. 2.* Thomat, *deciſ. 218. num. 11. tom. 2.* Anton. ab Eccleſ. *obſerv. 43. num. 5.* Salgad. *in labyrint. creditor. part. 2. cap. 30. num. 11. & 12.* Bondeni *colluctat. legal. 8. num. 105.* Pelegrinus *in prax. Vicariæ. part. 2. Sect. 1. ſubſect. 6. inter. ſect. 3. num. 3.* Romaguera, *dict. lib. 2. rubric. 14. num. 15.*

76 Lo ſegundo, porque eſto podia ſer medio, y juſtificacion, para pedir la cauſion, ſi eſtavieſſe en

el

el caso de pedirla, ò si se le deviera dar de justicia, pero no puede ser medio, para impermitirle al successor del dicho Illustre Marquès, el ingresso de la possession, pues aun de derecho antiguo, en que se devia dar esta causion, no se le impermitia al successor del Reo, el continuar la possession, y desfrutar las conveniencias de aquella, con semejantes pretextos, segun se prueba de la *ley, 21. 24. & 33. ff. de rei vindicat.* y de la *ley. 15. ff. qui satisdare cogant.* y el principio del titulo, *institut. de satisdationib.*

77 Infiero de lo que và fundado en este papel, que durante este pleyto, no se les puede impermitir à los descendientes, y successores del dicho Illustre Marquès, y su linea, el continuar en esta succession, y possession, de los referidos bienes, como à Reos que son en este juyzio, y con particular razon, teniendo en el estado que està el pleyto, todas las assistencias, y presumpciones de buen derecho à su favor, y hallandose destituhido de ellas, la parte de dicho Conde. Assi lo siento, salva semper &c.

Doct. Nicolàs Bas.

Imprimatur.

Don Franciscus Faus, R. F. A.